

PROCESSO - A. I. Nº 217438.0020/13-1
RECORRENTE - JCS DISTRIBUIDORA LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0067-01/15
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/11/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0172-12/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA, PRESUMIDA EM FUNÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO CONTABILIZADAS. Fato comprovado nos autos. **b)** RECOLHIMENTO DE ICMS EFETUADO A MENOS REFERENTE AO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTO, IMPLICANDO FALTA DE PAGAMENTO DE PARTE DO ICMS, EM VIRTUDE DE ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. Fato comprovado nos autos. Preliminares de Nulidade Não Acatadas. No mérito, o lançamento não foi realizado por meio de arbitramento, mas através de presunção legal e apurado com base em informações fiscais produzidas pelo próprio contribuinte e constantes no banco de dados da Fazenda Estadual. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 07/05/2015 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$164.597,65 (cento e sessenta e quatro mil quinhentos e noventa e sete reais e sessenta e cinco centavos), em decorrência do cometimento de 02 (duas) infrações.

Infração 01. RV – omissão de saída de “mercadoria tributada”, presumida por meio de apuração através de Notas Fiscais de entradas, “confrontado” com a escrituração do Registro de Entradas, sendo lançado imposto [ICMS] no valor de R\$93.676,73, com multa de 150%;

Infração 02. RV – recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), implicando o não recolhimento de parte do ICMS, em virtude de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos [sic], sendo lançado imposto no valor de R\$70.920,92, com multa de 75%.

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 722/733), impugnando completamente o Auto de Infração em epígrafe.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 846/851), defendendo a manutenção do Auto de Infração em todo o seu teor.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 1ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Compõe-se este Auto de Infração de dois lançamentos: o item 1º refere-se a uma omissão de saída de mercadoria, presumida em função da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com multa de 150%, e o item 2º, a recolhimento a menos de ICMS referente ao Simples Nacional, com multa de 75%.

O autuado é inscrito no Simples Nacional como empresa de pequeno porte. Na descrição do fato, foi explicada a forma como os valores lançados foram apurados, bem como a razão de a intimação para apresentação dos

livros e documentos ter sido feita por via postal e depois por edital.

O autuado suscita a preliminar a nulidade do lançamento alegando vício na intimação para apresentação dos livros e documentos.

De fato, se a intimação fosse apenas a constante à fl. 12, o procedimento seria inválido, pois quem outorgou poderes a Gilmara dos Santos Souza Bispo foi outra empresa, embora com denominação parecida (Comercial de Alimentos JCS Ltda.).

Consta que a empresa objeto da ação fiscal, a JCS Distribuidora Ltda., não funcionava mais no endereço declarado em seu cadastro. A defesa confirma que a empresa está em fase de recuperação extrajudicial. Como o estabelecimento não estava mais funcionando no endereço declarado, a fiscalização tentou a intimação por via postal. Isso foi feito, conforme instrumentos às fls. 7/11 e 854/856. Além disso, foram feitas ainda intimações por edital, conforme fls. 16 e 857 (Editais 66/13 e 15/14). Já essas duas intimações bastam. A intimação à fl. 12, firmada por Gilmara dos Santos Souza Bispo, é dispensável. Ultrapasso essa preliminar.

Numa segunda preliminar, a defesa alega descumprimento de norma cogente do RPAF, prevista no § 3º do art. 8º, haja vista a falta de entrega dos papéis de trabalho.

De acordo com os recibos às fls. 719-A e 720, os demonstrativos foram entregues ao preposto do autuado. Ultrapasso também essa preliminar.

Foi alegado ainda que o Auto de Infração carece de suporte legal quanto ao arbitramento utilizado no levantamento do crédito formalizado, pois houve descumprimento de norma concernente ao arbitramento, pela ausência de autorização legal para proceder ao procedimento.

Ocorre que não houve arbitramento neste caso. Os dados para os lançamentos foram obtidos nos sistemas de dados do fisco, envolvendo compras, pagamentos do Simples Nacional, vendas através de NF-es, além de dados constantes nos DASNs e extratos do Simples Nacional. O lançamento do item 1º tomou por fundamento no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que autoriza a presunção de omissão de saídas quando se constata a existência de compras de mercadorias não contabilizadas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas. Quanto ao lançamento do item 2º, o recolhimento do imposto pago a menos foi uma decorrência da omissão objeto do item 1º.

Os cálculos não foram impugnados. Estão caracterizadas as infrações.

Há, porém, neste caso um aspecto que, apesar de não ter sido questionado pela defesa, tenho o dever de suscitar de ofício, pois se trata de aspecto atinente à estrita legalidade do lançamento.

A questão diz respeito às multas aplicadas – multa de 150% no item 1º, e de 75% no 2º.

Conforme já foi assinalado, o item 1º refere-se a uma omissão de saída de mercadoria, presumida em função da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com multa de 150%, e o item 2º, a recolhimento a menos de ICMS referente ao Simples Nacional, com multa de 75%, tratando-se em ambos os casos de ICMS devido por contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional.

A descrição do fato neste item 1º omitiu um dado fundamentalíssimo: não é dito que o autuado é optante pelo regime do Simples Nacional. Na tipificação da multa desse item 1º, foi indicado o art. 44, I, e § 1º, da Lei federal nº 9.430/96. Ocorre que a multa prevista no inciso I do art. 44 da referida lei é de 75%, e não de 150%, como foi posta no Auto.

Se a multa do item 1º fosse de 150%, a do item 2º também seria de 150%. Demonstrarrei que o autuante aplicou erroneamente a multa de 150% no item 1º, em vez de 75%.

O § 1º do art. 44 da Lei federal nº 9.430/96 prevê que o percentual de tal multa (75%) será duplicado (150%) “nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964”. Portanto, a multa não é duplicada “sempre”, mas, apenas, nos casos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

O art. 71 da Lei nº 4.502/64 cuida de ação ou omissão dolosa (situação em que, com emprego de maquinações ou má-fé, o contribuinte induz a autoridade fazendária a erro, impedindo ou retardando o conhecimento dos fatos).

O art. 72 cuida de fraude (logro, burla, ilusão, falsificação, visando a impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador, a fim de reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento).

E o art. 73 cuida de conluio (combinação, trama, conspiração entre duas ou mais pessoas).

Nestes autos, em nenhum momento se falou em dolo, fraude ou conluio. Na imputação não consta nada nesse sentido. Dolo, fraude e conluio não se presumem. Ou o fato doloso, fraudulento ou tramado secretamente é acusado e provado, ou de dolo, fraude e conluio não se trata.

Por conseguinte, no caso em apreço não se trata de infração qualificada, e sim de infração pura e simples: omissão de saídas de mercadorias presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, conforme foi descrito no Auto.

E se a infração não é qualificada, a multa aplicável é a básica, de 75%, e não a multa agravada, em dobro, de que cuida o § 1º do art. 44 da Lei federal nº 9.430/96.

A multa do item 1º, tal como a do item 2º, é de 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei federal nº 9.430/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, porém corrigindo a multa do item 1º para 75%, pelas razões acima declinadas.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 1ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Ultrapassou a preliminar de nulidade do lançamento por víncio na intimação, pois considerou que inicialmente teria sido tentada a intimação do Autuado no endereço declarado na SEFAZ, mas que, em razão de a empresa não mais funcionar naquele local, foram realizadas intimações por via postal (fls. 7/11 e 854/856) e por edital (fls. 16 e 857), bem como ultrapassou a preliminar de nulidade por falta de entrega da documentação pelo autuante, tendo em vista que o recebimento dos mesmos seria verificável às fls. 719/720;
- b) Destacou que a presente autuação não teria sido feita por arbitramento, tendo sido os dados utilizados, obtidos nos sistemas de dados do Fisco, envolvendo compras, pagamentos do Simples Nacional, vendas através de NF-es, além de dados constantes nos DASNs e extratos do Simples Nacional. Apontou que, no que toca à infração 1, o Fiscal teria tomado por fundamento no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que autoriza a presunção de omissão de saídas quando se constata a existência de compras de mercadorias não contabilizadas, e que, no que tange ao item 2, o mesmo seria uma decorrência do primeiro item do lançamento;
- c) Suscitou de ofício uma questão referente à multa aplicada na infração 1, de modo que o artigo que a fundamenta - 44, I, e § 1º, da Lei Federal nº 9.430/96 – estabelece o percentual de 75% e não de 150% como estabelecido inicialmente.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls.902/909).**

- i. Arguiu a nulidade da autuação, sob o argumento de a intimação ter sido viciada, bem como que os documentos necessários ao exercício do contraditório não teriam sido entregues;
- ii. Alegou que o roteiro de fiscalização utilizado seria totalmente diverso daquele determinado em lei, posto que o artigo 937 do RICMS de 1997 exigiria a existência de prática de sonegação por parte do contribuinte, para que o arbitramento fosse possível, bem como porque o Recorrente sempre esteve à disposição do Fisco para entregar qualquer tipo de documento que viesse a ser solicitado;
- iii. Por fim alegou que, no caso de as nulidades apontadas serem ultrapassadas, que seja reaberto o prazo para defesa, e, caso tal requerimento também fosse superado, que o lançamento fosse mantido nos exatos termos da Decisão de primeira instância administrativa.

Após, os autos foram remetidos para a PGE/PROFIS (fls. 914/916), que opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário:

- I. Alegando que não haveria que se falar em nulidade pela falta de entrega de documentos, posto estar comprovado nos autos que o recorrente teria recebido os mesmos;
- II. Quanto aos argumentos aduzidos sobre o arbitramento, melhor sorte não restaria ao Recorrente, em razão de não ter havido arbitramento algum no presente caso, nos termos da Decisão de piso, bem como frisou que toda a documentação utilizada para elaboração da autuação teria sido prestada pelo próprio recorrente.

VOTO

As Infrações imputadas decorrem da omissão de saída de “mercadoria tributada”, presumida por meio de apuração através de Notas Fiscais de entradas, “confrontado” com a escrituração do Registro de Entradas, sendo lançado imposto [ICMS] no valor de R\$93.676,73 (Infração 1) e, recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), implicando o não recolhimento de parte do ICMS, em virtude de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos [sic], sendo lançado imposto no valor de R\$70.920,92 (Infração 2).

Em sede de Recurso o contribuinte permanece arguindo a nulidade da autuação, sob o argumento de a intimação ter sido viciada, bem como que os documentos necessários ao exercício do contraditório não teriam sido entregues.

Tais argumentos já foram detalhadamente rechaçados na Decisão de piso.

Como esclarecido na Decisão de piso, de fato, a intimação constante à fl. 12, foi recebida por pessoa não autorizada, pois quem outorgou poderes a Gilmara dos Santos Souza Bispo foi outra empresa, embora com denominação parecida (Comercial de Alimentos JCS Ltda.).

Muito embora, como é possível inferir do instrumento procuratório outorgado pela COMERCIAL DE ALIMENTOS JCS LTDA (fl. 149) e a alteração contratual do recorrente (fl. 734), ambas as empresas possuem como mesma sócia a Sra. Maria dos Anjos Silva Souza.

O fato é que a preposta é contadora de ambas as empresas, que aparentemente pertencem à mesma sócia.

Mesmo assim, foram feitas intimações por via postal. Isso foi feito, conforme instrumentos às fls. 7/11 e 854/856, bem como por Edital, conforme fls. 16 e 857 (Editais 66/13 e 15/14).

Assim, entendo não haver qualquer nulidade do ato de intimação uma vez que, além de regularmente intimada apresentou sua impugnação e Recurso.

Ademais, também constam dos autos prova do recebimento dos papéis de trabalho. Bem como, às fls. 755 e 756 (anexos à impugnação), o contribuinte promove a juntada de cópia das mesmas intimações recebidas pela empresa, bem como promove a juntada à partir da fl. 783, de cópias dos próprios papéis de trabalho que alega não ter recebido.

Assim, não acolho as preliminares de nulidade suscitadas.

Por sua vez, no mérito, permanece alegando que o roteiro de fiscalização utilizado seria totalmente diverso daquele determinado em lei, posto que o artigo 937 do RICMS de 1997 exigiria a existência de prática de sonegação por parte do contribuinte, para que o arbitramento fosse possível, bem como porque o recorrente sempre esteve à disposição do fisco para entregar qualquer tipo de documento que viesse a ser solicitado.

Ocorre que, como já exaustivamente explicitado, tanto pela JJF quanto no opinativo da PGE/PROFIS, o presente lançamento fiscal não decorreu de arbitramento, mas sim de levantamento decorrente de confronto de informações tributárias apresentadas pelo próprio recorrente e/ou constantes nos sistemas de bancos de dados da Fazenda, a exemplo da informação de emissão de notas fiscais eletrônicas.

Como bem asseverado pela JJF, *Os dados para os lançamentos foram obtidos nos sistemas de dados do fisco, envolvendo compras, pagamentos do Simples Nacional, vendas através de NF-es, além de dados constantes nos DASNs e extratos do Simples Nacional. O lançamento do item 1º tomou por fundamento no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que autoriza a presunção de omissão de saídas quando se constata a existência de compras de mercadorias não contabilizadas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou*

o pagamento dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas.

Assim, não se trata de arbitramento, mas sim de presunção prevista em lei, no art. 4º. Da Lei nº 7.014/96 e, tratando-se de presunção legal, bem como estando este conselho obrigado à aplicação da legislação estadual, caberia ao Recorrente elidir a referida infração, o que não logrou êxito em fazer.

Por sua vez, a Infração 2 exige o recolhimento do imposto pago a menos em decorrência da omissão objeto da Infração 1.

Ressalte-se ainda que os cálculos não foram impugnados pelo contribuinte.

Ademais, quanto ao pedido de reabertura do prazo de defesa entendo que o mesmo não merece guarida vez que o processo administrativo fiscal foi devidamente respeitado e, tratando-se de um lançamento operado ainda no ano de 2013, o contribuinte teve tempo e meios mais que suficientes para exercer o seu direito de defesa de forma ampla.

Quanto ao ajuste da penalidade aplicável quanto à Infração 1, realizada de ofício pela JJF, entendo que a mesma restou acertada, isto porque não há qualquer prova de dolo na atuação do contribuinte, razão pela qual o lançamento é Parcialmente Procedente.

Assim, face o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 217438.0020/13-1, lavrado contra JCS DISTRIBUIDORA LTDA. - ME, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$164.597,65, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, c/c os arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS